

平等保護および政教分離の領域における「メッセージの害悪」

安西 文雄

- 一 問題の所在
- 二 平等保護の領域
- 三 政教分離の領域
- 四 政教分離におけるメッセージの害悪と、その捉え方
- 五 平等保護と政教分離——相互関係
- 六 おわりに

一 問題の所在

一、近時のアメリカ憲法論において、法律あるいは政府の行為の意味するところ、あるいはそれが社会に向けて発するメッセージに焦点をあてて、考察を展開するものがみられる。とりわけ平等保護条項や政教分離条項に関する領域で、そういった傾向が顕著である。⁽¹⁾

ひるがえって日本における憲法上の論議をみても、やはり平等や政教分離に関わって類似した傾向がみられることがある。

まず平等の領域であるが、ここでは非嫡出子の相続分差別の合憲性が争われたある事案で、控訴人側が相続分差別を受けた非嫡出子として、その控訴理由のなかで次のように主張していることが注目される。すなわち、「本人に何らの責任のない事実によって、国から『おまえは二分の一の価値しかない人間だ』と宣言されているように感じており、その精神的苦痛は言葉では言い表せないほど深刻である⁽²⁾」というのである。ここで焦点をあてて論じられているのは、民法九〇〇条四号但書が社会に向けて、あるいはとりわけ非嫡出子に向けて伝達するステイグマ(stigma＝劣等の烙印)のメッセージである。もちろん遺言がない場合、非嫡出子の相続分が嫡出子のそれより少なくなるという「物的」(material)な側面も平等に関わる問題である。しかし、その物的な側面と結びついてはいるものの、論理的にはそれと分けて考えることのできる「表現的」(expressive)な側面⁽³⁾——すなわちステイグマのメッセージ——からみた法律の問題点の指摘は、注目に値すると思われる。

次に、政教分離の領域ではどうか。この領域でも政府(あるいは地方公共団体)の行為の表現的側面に焦点をあてるものがいくつかみられる。

まず、愛媛県が靖国神社などに玉串料等の名目で公金を支出したことが政教分離との関係で争われた、いわゆる愛媛靖国訴訟第一審判決⁽⁴⁾が注目される。この判旨によれば、「本件玉串料等の支出は、愛媛県と靖国神社との結び付きに関する象徴としての役割を果たしている」と見ることができるとされ、続けて、「本件玉串料等の支出は、経済的な側面から見ると、靖国神社の宗教活動を援助、助長、促進するものとまではいえなくとも、精神的側面から見ると、右の象徴的な役割の結果として靖国神社の宗教活動を援助、助長、促進する効果を有するもの⁽⁵⁾」とされている。すなわち、玉串料の額という物的側面——判旨のことばでは「経済的側面」——においてはさほど重大ではないにしても、地方公共団体が靖国神社に特別な是認のメッセージを伝えるという表現的側面——判旨のことばでは「精神的側面」——の重大さからして、違憲判断に至っているのである。

また、いわゆる仙台靖国訴訟⁽⁶⁾も関心と呼ぶ。この事件は、岩手県議会による靖国神社公式参拝決議と同県による同神社への玉串料等の公金支出が、政教分離に反していないかが争われたものである。この事件の控訴審判決によれば、内閣総理大臣等の靖国神社公式参拝がなされれば、「国又はその機関が靖国神社を公的に特別視し、あるいは他の宗教団体に比して優越的地位を与えているとの印象を社会一般に生じさせることは容易に推測される」とされ、また玉串料等の支出についても、岩手県が「靖国神社を特別視しているとの印象を社会一般に与えている」とされている。ここにも公的行為の表現的側面——公的行為が社会一般に与える印象——が、判決の論理において重要な意味を占めている例をみいだすことができる。⁽⁹⁾

二、以上、平等および政教分離の領域の諸判決をみてきた。そこにおいて認められることは、法律や政府の行為が、物的な側面のみならず表現的な側面——平等についてはステイグマのメッセージ、政教分離については(特定)宗教に対する是認のメッセージ——を伴うことがあること、そしてときには表現的側面の方が重要な意味を持ち、訴訟当事者がそれに強い関心を示しつつ主張を展開したり、判決の論理展開上、それが決定的なポイントになったりすることがある、ということである。

こういった表現的側面に向けられた関心を、それではいかに捉えたらよいのであろうか。本稿はかかる問題関心の下で、アメリカにおける憲法論から示唆を得ようとする試みである。

(1) アメリカにおける平等論に多大の理論的貢献をしてきたK・カーストの近著LAW'S PROMISE, LAW'S EXPRESSION: VISIONS OF POWER IN THE POLITICS OF RACE, GENDER, AND RELIGION (1993) は、政府の行為の表現的側面に焦点をあてた考察を展開するものとして、とりわけ注目に値する。なお、この著作については「1996」アメリカ法に掲載予定の私の書評を参照されたい。

(2) 判時一四六五号五九頁。

(3) materialなものゝ expressiveなものゝを分ける発想は、後述のShaw v. Reno, 113 S. Ct. 2816 (1993) を評した論文、Pildes & Niemi, *Expressive Harms, "Bizarre Districts", and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances after Shaw v. Reno*, 92 MICH. L. REV. 483, 485 (1993) にある。

(4) 松山地判平成元年三月一七日、判時一三〇五号二六頁。

(5) 前出注(4)四三頁。

(6) 仙台高判平成三年一月一〇日、判時一三七〇号三頁。なお、本件は最高裁に特別抗告されたが、平成三年九月二十四日却下された。この間の事情については、野坂泰司「岩手靖国訴訟最高裁決定」法学教室一三七号九二頁以下(一九九二)参照。また、この訴訟に関する一連の経緯については、澤藤統一郎『岩手靖国違憲訴訟』(一九九二)参照。

(7) 判時一三七〇号三〇頁。

(8) 前出注(7)三七〇三頁。

(9) 内閣総理大臣の靖国神社公式参拝の合憲性が争点となった、いわゆる大阪靖国訴訟も検討に値する。この訴訟の控訴審(大阪高裁)において、公式参拝の違憲性を主張する当事者は、靖国神社公式参拝について「国家が靖国神社の神道観念に英霊思想に加担し、それを容認するものであり、かつ、その意味づけを、公然化する行為である」(判時一四三四号四一頁)と主張している。これなども当事者の主張ではあるが、公的行爲の表現的側面に焦点をあてたものといえることができる。

二 平等保護の領域

一、法律や政府の行為には、物的側面のみならず表現的側面があるという認識は、まず平等保護条項の領域で生じている。この点で参酌されるべきなのは、P・ブレストが一九七六年に発表した論文「反差別原理の擁護」(Defense of the Antidiscrimination Principle)である。このなかでブレストは、人種差別があったときに生ずる害悪⁽¹⁾に関し、概略次のように論ずる。⁽²⁾差別の害悪のうち最も明瞭なものは、被差別者が求めている利益——就職、ホテルでの宿泊サービス、投票——を得られないことである。しかし、それだけにとどまるものではない。差別はその犠牲者に対して劣等であるというステイグマを押しつけることによって心理的な害悪を被らせるのである、と。ここにおいて、人種差別行為の物的側面における害悪と表現的側面における害悪との区分がみてとれる。すなわち人種差別の結果、被差別者は、職を得られなくなったり、ホテルから宿泊を拒否されたり、投票権行使を妨害されたりする。これが物的側面における害悪である。それに加え、人種差別行為によって被差別者にステイグマのメツ

セーじが伝達され、彼らに心理的な害悪を被らせることになる。これが表現的側面における害悪である。

以上のような区分法を前提として考察を進めると、公共交通機関における人種分離を求める州法の合憲性が争われた一八九六年の *Plessy v. Ferguson* 判決⁽³⁾で公認され、後に否定されていった「分離すれど平等」⁽⁴⁾ (*separate but equal*) の理論をいかに捉えたらよいのかが検討の俎上に上げられる。黒人用の施設と白人用の施設とを分離していても、物的に同等のものであれば憲法の平等保護条項に反しない、とするのがこの理論であるが、これがなぜ否定されていったのかに関して、詰めて考えれば二通りの筋がある。一方で、物的に同等であるというのは建前にすぎず現実には黒人用の施設の方が劣悪であったから平等ではなかった、とする見方がある。これは物的側面にのみ焦点をあてた考察方法といえよう。これに対し、仮に物的に同等の施設を両人種に提供したとしても、人種によって分離するという行為の持つ表現的側面、つまり黒人に対してステイグマのメッセージを送ることになるということから平等保護条項違反を考える見方がある。これは表現的側面に焦点をあてた考察のあり方である。

どちらの考察の筋も成り立ちうると思われるが、公立学校における人種分離が争われた一九五四年の *Brown v. Board of Education* 判決⁽⁵⁾は表現的側面に焦点をあてて判決の論理が組み立てられていることが注目される。

この判決はまず、下級審における認定を引用し、黒人学校と白人学校とでは建物、カリキュラム、教師の資格・サラリーその他の有形的諸要素については、同等になっているか、またはそうなりつつある、という点を指摘する⁽⁶⁾。そして問題点を次のように設定する。すなわち「公立学校において、人種のみを理由として子どもを分離することは、たとえ物的な施設など有形的諸要素が平等であっても、マイノリティである子どもたちから平等な教育の機会を奪うことになるのか、という問題である」⁽⁷⁾。そして判旨はこの設問に関し、「年齢や資質が同じような子どもについて、人種のみを理由として分離することは、社会における彼らの地位について劣等感を生じせしめ、彼らの心、精神に回復することのできない影響を与えることがある」⁽⁸⁾と判断し、従って公立学校に関しては「分離すれ

ど平等」の理論は当てはまる余地がない、と結論づけたのである。⁽⁹⁾ このようにこの判決は、物的側面の平等を仮定して、人種分離という行為が子どもたちに伝達するステイグマのメッセージ、つまり表現的側面に焦点をあてて平等保護条項の違反を判断した、という構造を持つ。

二、もつとも通常の差別事案では、物的側面と表現的側面とが併存している。例えば、経済活動の自由を黒人に対し差別的に制約するという法律を想定してみよう。ここにおいて設例の法律は二つの側面に分析される。ひとつは「経済活動の自由を制約する」という側面である。これは特定の自由の制約という形で現象的に具現するのであるから、物的な側面である。もうひとつは「黒人であることを理由として差別的に扱う」という側面である。黒人にとって侵害されたものは、すなわち経済活動の自由ではないか、と考えるなら、差別という側面は特段の意味を持たず、「経済活動の自由を制約する」という側面にのみ収斂する、ということになるのかもしれない。⁽¹⁰⁾ しかし、そうではあるまい。「黒人であることを理由として差別的に扱う」という点において、当該法律が黒人を白人よりも劣位に捉えていることを意味し、ステイグマのメッセージを伝達するという、表現的側面における害悪が認められるのである。

こういった考察を多少展開すれば、アメリカで平等保護条項に関し問題になる二つの類型⁽¹¹⁾、つまり疑わしい差別(suspect classification)の類型と、基本的権利(fundamental rights)の類型との区分論が整理しうるように思われる。疑わしい差別の類型はメッセージの害悪を主として問題にし、基本的権利の類型は物的な害悪を主として問題にしているというわけである。

三、平等保護条項侵害の場合に生ずる害悪を以上のように捉えると、本稿の冒頭に言及した非嫡出子相続分差別事案において、相続分差別をされた当事者が、「国から『おまえは二分の一の価値しかない人間だ』と宣言されているように感じて」と主張しているのは、法律の表現的側面、つまりメッセージの害悪をまさに捉えたものと

いうことができよう。

四、さて、この物的な害悪とメッセージの害悪の対比に関して、とりたてて検討を要する事案が最近アメリカで生じた。人種を考慮した選挙区割りの合憲性が争われた *Shaw v. Reno* 事件⁽¹²⁾がそれである。

この事件の概要は次の通りである。ノースカロライナ州は一九九〇年の人口調査を受けて、連邦議会下院の議席を一つ増やされ一二議席の配当となった。そこで、州人口に占める黒人の割合を考慮して、一二の選挙区のうち、黒人の有権者が多数を占める選挙区を二つ設置した。ところがこの二つの選挙区は黒人が多数を占めるよう区割りを行なったため、その外形が非常に異様なものとなってしまった。そこでこの州の住民が、これは憲法の平等保護条項に反する人種的グリマンダリングであると主張して訴訟に及んだのである。

さてこの事件の当事者は、もちろん投票権を現実に侵害されたのではない。また、いわゆる一票の重みが不当に軽くされた、つまり量的な投票希釈化の害を被っているわけでもない。さらに、選挙区内のある人種または政治的グループの投票の力が減殺されるという質的な投票希釈化を主張しているわけでもない。当事者が争っているのは、黒人が多数を占める選挙区を二つ作ったために伝統的な選挙区割りの原則——選挙区がコンパクトであることや政治的なまとまりを尊重することなど——が無視され、非常に異様な外形の選挙区が作成されたので、憲法に反する人種的グリマンダリングだということである。

最高裁は、こういった主張を平等保護条項上の問題になると認めた。判旨によると、なぜ選挙区の外形が問題になるのかは、次の二点に関わるという。第一に、許容できない人種的ステレオタイプを強めてしまうことである。つまり最高裁のことばによれば、「同じ人種の人々は同じように考え、同様の政治的利益を共有し、同じ候補者に投票するという認識を強める⁽¹³⁾」のである。そして第二に、代表民主制システムを害する危険をもたらし、同様に投票する。やはり最高裁のことばによると、人種的グリマンダリングとなる「選挙区割り」が、そこから選出された代表者

に送るメッセージもやはり害あるものである。選挙区が明らかにある人種グループの利益になるようにだけ作られたとき、選出された議員は、自分の主たる任務は、自分の選挙民全体ではなく、当該人種グループを代表するものであると考えることになりやすい。これはアメリカ代表民主制システムと全く相容れない⁽¹⁴⁾、というのである。

このようにみると、*Shaw v. Reno* 判決において平等保護条項上の問題であると最高裁によって認められた害悪は、従来の判例で問題にされたものとは異なることが分かる。従来の選挙関係の訴訟においては、投票権の現実的な侵害、または投票希釈化（量的なものと質的なもの）が問題にされてきた。これらは、投票できなくなるか、または投票の影響力が現実に減殺されるのであるから、ともに物的な害悪である。これに対し *Shaw v. Reno* 判決で認知されたのは、明らかに人種のみを考慮した選挙区割りの異様な外形が発するメッセージの害悪である。

以上のように本件は、選挙関係の訴訟としてこれまでにないタイプのものといえるが、平等保護条項上の問題一般としても、かなり特殊なものといえる。伝統的な差別問題においてもメッセージの害悪は大きな比重を占めるが、そのメッセージは被差別者であるマイノリティに向けられたものであった。ところが本件でのメッセージの害悪は、許容できない人種的ステレオタイプを強める、代表民主制システムを害する危険をはらむ、というように、かなり拡散しており、いわば客観的なものとさえいえる。論者によつては、⁽¹⁵⁾これほど拡散して触知しえない害悪の認識は、平等保護条項の新しい時代の到来を示唆するものであると指摘する。

(1) Brest, *The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1 (1976).

(2) *Id.* at 8.

(3) 163 U.S. 537 (1896).

(4) 参照、奥平康弘「“Separate but Equal” Ruleの推移過程——アメリカにおける法的平等の一問題の素描——」公法研究一八号三六頁以下（一九五八）。

(5) 347 U.S. 483 (1954).

(6) *Id.* at 492.

- (7) *Id.* at 493.
- (8) *Id.* at 494.
- (9) *Id.* at 495.
- (10) 奥平康弘『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』——『法の下の平等』を考える——」名大法政論集一〇九号二四五頁以下(一九八六)は、法の下の平等の「固有のはたらき・役割は、奈辺にあるのか」(二四六頁)をつきつめて考察し、「ある基本権がその取扱いにおいて『差別的』であるばあいには、そのことは、当該基本権の剝奪もしくは侵害にあたると構成することができるのではあるまいか、いや、そう構成すべきではあるまいか」(二五五頁)と論ずる。
- (11) この点については、松井茂記『アメリカ憲法入門』[第3版]二六六～二八九頁(一九九五)等を参照。
- (12) 113 S. Ct. 2816 (1993). なおこの判決については、[1995] アメリカ法一三三頁以下の浅香吉幹氏の評釈、および、安西文雄「人種に基づいた選挙区割と少数派の選挙権」ジュリスト一〇六三号一一八頁以下(一九九五)を参照。
- (13) 113 S. Ct. at 2827.
- (14) *Ibid.*
- (15) Spelling, *Equal Protection and Race-Conscious Reapportionment: Shaw v. Reno*, 113 S. Ct. 2816 (1993), 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y. 283, 292 (1994).

三 政教分離の領域

一、法律や政府の行為の表現的側面への関心は、平等保護条項の領域のみでなく、政教分離の領域でも認められる。そこでまず、この領域における判例の大まかな展開を、表現的側面への関心という点を中心に据えてみてゆこう。

政教分離の領域で、それまでの判例を総合して司法判断の基準を提示した重要な判例は、一九七一年の *Lemon v. Kurtzman* 判決⁽¹⁾である。私立学校(その多くが宗教系)に州が援助するペンシルバニア州法と、ロードアイランド州法の合憲性が争われたこの判決で、最高裁は法律が政教分離条項に反するか否かを判断するための、いわゆる三分肢テストを示したのである。すなわち第一には、法律は世俗的な立法目的を持たなくてはならない、という目

的テストである。第二に、法律の主要なあるいは第一次的な効果が、宗教を促進したり抑圧したりするものであつてはならない、という効果テストである。そして第三に、法律は政府と宗教との過度の関わり合いを生ずるものであつてはならない、というテストである。

そしてこのテストを事案にあてはめて、最高裁は、両州法は政教分離条項に反し違憲であると判断した。その論理は次の通りである。まず両州法の目的は、世俗教育の質を高めることにあるので、目的テストからは違憲とはならない。しかし、宗派学校は宗教活動と世俗的教育をともに行なっているものであり、州が援助を行なう場合、その援助が世俗的教育のみに用いられるように注意深いコントロールと監視が必要となる。それがすなわち州と宗教との過度の関わり合いになる、と判断したのである。

二、さてこのレモン・テスト、特にそのうちの効果テスト——宗教を促進したり抑圧したりするものであつてはならない——は、財政的に宗教を援助するなど、法律あるいは政府の行為の物的な側面に焦点をあてるものか、それとも宗教を援助するメッセージなど表現的側面に焦点をあてるものか、明言されていなかった。しかし基本的には物的な側面に関心を寄せるテストであつたと評される。⁽²⁾ こういった判例のあり方に対して実質的に修正を加えようとしたのが、一九八四年の *Lynch v. Donnelly* 判決⁽³⁾ においてオコナー判事が示したエンドースメント・テスト⁽⁴⁾ (endorsement test = 是認の後押しテスト) である。

この事案は、ショッピング街の中心部にある公園に、市がクリスマスの展示物(すべて市の所有)を例年示していたが、そのなかにクレイシュ (crèche = キリストの生誕像) が含まれていることが、政教分離条項に反しないかが争われたものである。

バーガー首席判事の法廷意見は、目的、効果、過度の関わり合いすべてにおいて、この市の行為は政教分離条項に反しないと判断したが、ここでオコナー判事は概要次のような同調意見を述べたのである。

政教分離条項は、ある人の宗教が何であるかによって、その人の政治社会における立場に影響が生ずることを禁じている。この原則が侵害されるのは次の二つの場合である。第一に、政府が宗教制度と過度の関わり合いになる場合である。例えば宗教制度の独立性を害したり、ある宗教にのみ政府や政府権力へのアクセスを例外的に認めたり、宗教によって選挙民を区分けしたりすることである。第二には、政府が宗教をエンドース(endorse＝後押し)したり否認したりすることである。エンドースすることは、その宗教の信者でない人には、アウトサイダーであり、政治社会にとつての十全たるメンバーではないというメッセージを送り、信者には、インサイダーであり、政治社会における望ましいメンバーであるというメッセージを送るのである。そして否認することは、エンドースすることとは逆のメッセージを送るのである。⁽⁵⁾

つまり、政府の行為によって伝えられるメッセージの主観的側面(目的)と客観的側面(効果)をとともに審査することにより、当該行為が禁じられた意味を伝達するか否かを認定してゆこうというわけである。具体的には、政府の現実の目的が宗教をエンドースしたり否認したりするものか、または、政府の目的に関わりなく、当該行為が現実には宗教をエンドースまたは否認するメッセージを伝えているかを検討するのである。

さて、オコナー判事の本件における判断はどのようなものであろうか。まず制度的な過度の関わり合いはないとした後に、エンドースメント・テストを本件にあてはめる。まず本件行為の目的は、伝統的シンボルを使って公的な休日をお祝いするのであって、キリスト教をエンドースしたり、キリスト教以外の宗教を否認しようとするものではないとする。また効果については、本件の展示物は休日をお祝いのものであって、宗教をエンドースするメッセージを伝えるものではないと判断し、結果的に政教分離条項には反していないとしたのである。

なおこの判決にはブレナン判事による反対意見が付されており、オコナー判事の同調意見と対比すると興味深い示唆が得られる。

ブレナン判事はレモン・テストを本件にあてはめる。まず目的であるが、クレイシユはキリスト教信仰に深く関わり、世俗的目的はないと判断する。また効果テストについては、本件での市の行為はクレイシユによって示される特定の宗教を是認するものであるとする。そして、少数派宗教の人々や宗教自体を否認する人々の見解は、キリスト教と同等には公認できるものではないというメッセージを送ることになるという。さらに過度の関わり合いの危険もあるとし、結果的に本件の市の行為は、特定の宗教に対する許容できないエンドースメントになっていると判断したのである。⁽⁶⁾

さて、このブレナン判事の反対意見は、公的行為の伝達するメッセージに関心を払っている点で、オコナー判事のエンドースメント・テストと軌を一にする。にもかかわらず、オコナー判事と逆の結論に至っている点が注目される。そしてこの結論の違いの由来は、諸根貞夫教授の指摘するごとく、⁽⁷⁾公的行為の伝えるメッセージを誰の観点で捉えるのかという、観点の違いによるといえるであろう。つまり、ブレナン判事は宗教的少数者の観点到立って公的行為のメッセージを検討しているため、排除のメッセージに敏感になっているのに対し、オコナー判事の立場は、誰の観点かは明示されてはいないが、少なくとも宗教的少数者の観点ではなさそうに思われるのである。

観点に関してはともあれ、このオコナー判事と同調意見で示されたエンドースメント・テストは、政府の行為の表現的側面、つまりその伝達するメッセージに焦点をあててレモン・テストをみてゆこうとする志向である。従ってオコナー判事は審査方式としてのレモン・テストを明確にするものと言っているが、⁽⁸⁾実質的にはレモン・テストの組み替えである。つまり法律あるいは政府の行為の、主として物的側面に焦点をあてて検討するアプローチから、表現的側面に焦点をあてて検討するアプローチへ変更しようとするものである。さらに付言すれば、表現的側面に焦点をあてるからこそ、誰の観点からその表現的側面に内包されるメッセージを捉えるのが問題になるのである。

三、誰の観点に立って政府の行為のメッセージを捉えるのか。この点に関してオコナー判事がその立場を論じたのが、*Lynch v. Donnelly* 判決の翌年に下された *Wallace v. Jaffree* 判決⁽⁹⁾である。この事件は、公立学校での「瞑想または自発的なお祈り」のために沈黙の時間を設けることを認めるアラバマ州法が、政教分離条項に反しないかが争われたものである。

ステイヴンス判事の法廷意見は、本件にレモン・テストを適用し、本件州法は違憲であると判断する。すなわち、本件の州法の提案者がその立法目的は公立学校に自発的なお祈りが戻ってくるようにすることだと述べていること、また、「瞑想」のために沈黙の時間を設けることを認める州法が既にあるのに、「瞑想または自発的なお祈り」のために沈黙の時間を設けることを認める州法が制定されたことなどを考慮して、本件の州法には世俗的な目的がなく、目的テストからして違憲となると判断したのである。

さて、この判決に付した同調意見においてオコナー判事は、自らのエンドースメント・テストをさらに展開している。同判事によると、沈黙の時間にお祈りをすべきであるというメッセージを、州が伝達し、または伝達しようとしているか否かが重要な問題である。この問題に答えるためには、裁判所は立法の経緯、法律の文言、その執行状況を審査して、当該法律が宗教のエンドースメントになっているかを判断しなければならない。こうしてオコナー判事はメッセージを捉える観点に関し、客観的観察者⁽¹⁰⁾ (objective observer) —— 彼は法律の文言、立法の経緯および法律の執行状況を知っている —— の観点から州側の宗教に対するエンドースメントになっているか否かを判断するしたのである。

同判事は、この客観的観察者の観点から判断するという枠組みを本件にあてはめ、本件州法の目的は公立学校でのお祈りをエンドースすることであるとし、目的テストにおいて政教分離条項に反すると判断したのである。目的テストにおいて違憲であるから、もはや効果を考慮する必要はないことになるが、効果テストを本件にあてはめた

としても、客観的観察者に現実には伝えられるメッセージは、沈黙の時間にお祈りをする子どもを、そうでない子どもよりも是認するものでありそうだと論じた。

四、以上のように展開してきたエンドースメント・テストは、一九八九年の County of Allegheny v. ACLU 判決⁽¹¹⁾において、はじめて最高裁の多数意見を形成するに至った。この訴訟はピッツバーグ市の公共施設に置かれた二つの休日展示物——ひとつは郡裁判所庁舎内に展示されたクレイシュ、もうひとつは市・郡庁舎の外にクリスマスツリーとともに展示されたユダヤ教のハヌカ祭のメノラ (menorah = 燭台)——が政教分離に反しないかが争われたものである。

ブラックマン判事による法廷意見は、本件の政教分離問題にエンドースメント・テストを適用し、クレイシュ、メノラが本件のセッティングからして、宗教をエンドースしたり否認したりする効果を持つかが問題であったとした(本件の控訴審が効果の問題しか検討していないので、最高裁も審査を効果の側面に限定したのである)。

まずクレイシュであるが、同じくクレイシュが問題になった Lynch v. Donnelly 事件ではサンタの家、トナカイなど、クレイシュの他にもさまざまな展示物があつたが、これに比して本件ではクレイシュのみが展示されていること、またクレイシュは郡庁舎の中心の最も美しい部分に置かれていることなどが指摘される。こうして本件では郡がキリスト教信仰を支持し、促進するメッセージを送っているものと判断され、政教分離条項に反するとされたのである。

これに対してハヌカ祭のメノラをクリスマスツリーとともに展示することについては、キリスト教をユダヤ教とともにエンドースするものではなく、クリスマスの世俗的なお祭りとともにハヌカ祭をも認識することであるとし、効果の点でエンドースは認められないと判断した。

この判決は、エンドースメント・テストが最高裁の多数意見になった点で注目されるが、その他にも注目すべき

点がある。そのひとつは、法廷意見においてエンドースメントのメッセージをいかなる観点から捉えるのかに関し、合理的観察者 (reasonable observer) のスタンダードが提示されていることである。判旨においてL・トライブの著作に言及されていること⁽¹²⁾、および、トライブは「合理的」ということばによってメッセージに対し過度に敏感でないことを意味していることからすると、合理的観察者とは、認識のあり方が合理的な人の視点ということになるだろう。

もうひとつ注目すべき点は、この判決の部分的同調・部分的反対意見においてケネディ判事がエンドースメント・テストに反対し、はじめて強制 (coercion) テストを展開したことである。同判事によると、政教分離条項は社会において宗教が果たす中心的役割を政府が認めることを許しているという。こういった基本的な捉え方の下で強制テストが提示される。

このテストによれば⁽¹³⁾、ひとつには、政府が人々に対して、宗教を支持したりあるいはそれに参加するよう強制してはならないということが要請される。もうひとつには、政府が公的宗教を樹立する、またはそういう傾向を持つほど宗教に対して直接的な利益を与えてはならないということが要請される。ケネディ判事はこの強制テストを本件に適用し、クレイシュ、メノラともに合憲であると判断したのである。

五、County of Allegheny v. ACLU 判決ではじめて提示された強制テストは、一九九二年の Lee v. Weisman⁽¹⁴⁾ 判決において展開をみせる。この事件は、公立学校の卒業式で、特定宗派に偏ることのないようにした形でなされるお祈りが、政教分離条項に反しないかが争われたものである。ケネディ判事による法廷意見は卒業式のお祈りは政教分離に反すると判断した。法廷意見によれば、確かに卒業式への参加は任意であるとされているが、一〇代の生徒たちにとって、卒業式に参加しないという選択肢があるというのは極端に形式論である。また心理学的にいうと、思春期の子どもたちは友人からの影響を受けやすいのであり、初等中等教育においては、微妙な強制的圧力

(subtle coercive pressure) から心の自由を守る必要性が特に高い。こうしてこの事件では、生徒に対してお祈りに参加するよう求める圧力がたいそう高いので、政教分離に反すると判断されたのである。

この判決でのケネディ判事は、スカリア判事がその反対意見で批判しているように、⁽¹⁵⁾ 心理的強制 (psychological coercion) の有無を検討している。スカリア判事は、強制とは法的ペナルティを伴う法的強制のことと捉えれば概念は明確になるが、心理的な強制も含むとなれば明確性は失われてゆくという。また、ある論者は、⁽¹⁶⁾ お祈りに参加しなければ社会的に排除されるという感情を宗教的少数者が持つということから強制があると認定するのであれば、それはオコナー判事のエンドースメント・テストに近いものになってゆくと指摘する。

六、以上、政教分離に関し、とりわけエンドースメント・テストに焦点をあてて判例の展開をみてきた。⁽¹⁷⁾ それは政府の行為が宗教的少数者に向けて伝達するメッセージの害悪を問題にするテストであるが、こういったメッセージの害悪を問題にする点で、平等保護における問題状況と共通する面を持つことになる。すなわち人種差別などの平等保護の領域では、かかる差別によりマイノリティにステイグマのメッセージが伝達されるという問題があるように、政教分離の領域で、国家と宗教とが関わるあり方によっては、その行為により、宗教的マイノリティに対する社会的排除のメッセージが伝達されるというわけである。

政教分離は人権ではなく制度であると考えるのが一般であった。しかし宗教的マイノリティに対する社会的排除のメッセージの害悪が中心の問題であると捉え⁽¹⁸⁾ ると、諸根教授が指摘するように、個人権へと移行する傾きを伴うことになる。

これに対して平等保護の領域ではどうか。平等保護は個人権であり、人種差別など疑わしい差別においては、被差別者であるマイノリティに向けられるステイグマのメッセージが重大な問題をなすと考えられている。しかし、先に扱った *Shaw v. Reno* 判決が従前のあり方と異なる展開をみせている。この判決において捉えられたメッセー

ジの害悪は、かなり拡散しており、個人権というより制度的なものに近づいているとさえいえる。

政教分離が伝統的に制度であると捉えられてきたのに、個人権的なものに移行する傾きを持つのに対し、伝統的に個人権であると捉えられてきた平等保護のなかで、制度的なものに拡散してゆく傾きを持つ判決が現われたことは、興味深い交錯現象である。

- (1) 403 U.S. 602 (1971).
- (2) See, e.g., Smith, *Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, 86 MICH. L. REV. 266, 303 (1987). また、トライブも、それまでの判例のあり方に関して、'tangible なインパクトのみに目を向け、'intangible なものに目を向けていないと批判している。 Tribe, *Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve*, 36 HASTINGS L. J. 155, 161 (1984).
- (3) 465 U.S. 668 (1984). なおこの判決については、横田耕一「市によるクリスマスの展示と政教分離原則」ジュリスト八四六号一一頁以下(一九八五) 参照。
- (4) 日本において、エンドースメント・テストを紹介しつつ論ずる文献として、瀧澤信彦「政教分離原則と目的・効果テスト」公法研究五二号七二頁(一九九〇)、藤田尚則「アメリカ合衆国における『国教禁止条項』解釈の再定式化をめぐる一考察——創価大学比較文化研究八巻一一二頁以下(一九九一)、諸根貞夫「『目的効果基準』再検討に向けた一考察——アメリカの議論に触れて——」(高柳信一先生古稀記念論集)『現代憲法の諸相』七三頁以下(一九九二)、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由——神戸高専事件に即して——」立教法学三七号一頁以下(一九九二)、芦部信喜「政教分離原則の限界(一)——信教の自由(5)」法学教室一五四号九二頁以下、九四〇九六頁(一九九三)、土屋英雄「アメリカにおける政教分離と『保証』テスト」(芦部信喜先生古稀祝賀)『現代立憲主義の展開(上)』五〇九頁以下(一九九三)等参照。
- なお Marshall, "We Know It When We See It": *The Supreme Court and Establishment*, 59 S. CAL. L. REV. 495, 513 (1986) は、州が直接に牧師に給与を支払うという場合を例にとり、政教分離条項に関わる問題点は、支払いそれ自体というより、支払いという行為が州の宗教に対するエンドースメントをシンボライズするかどうかである、と論ずる。
- (5) 465 U.S. at 688 (O'Connor, J., concurring).
- (6) *Id.* at 695 (Brennan, J., dissenting).
- (7) 諸根・前出注(4) 八八〇八九頁。
- (8) 465 U.S. at 689 (O'Connor, J., concurring).
- (9) 472 U.S. 38 (1985). なおこの判決については、喜多村洋一「政教分離の原則」ジュリスト八六八号八四頁以下(一九八六) 参照。

(10) *Id.* at 76 (O'Connor, J., concurring in the judgment).

(11) 492 U.S. 573 (1989) もともと土屋・前出注(4)五二〇〜五二二頁によれば、本件訴訟で法廷意見を執筆したブラックマン判事は「『保証』を国教樹立禁止条項関係の事件を処理する際のいくつかの『審査』方法の一つとして認識しているのではないかと思われる。この意味で、アメリカのある評者が、『多数意見』は『保証テストを採用した』と述べているのは、必ずしも正確ではない」とされる。

(12) 492 U.S. at 620, 2nd ed. L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1296 (2d ed. 1988) に言及されている。トライブによれば、問題にされている政府の行為は、合理的な非信者 (reasonable non-adherent) の観点から観察されるべきであるという。

(13) 492 U.S. at 659 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

(14) 112 S. Ct. 2649 (1992) なおこの判決については、長谷部恭男「公立学校卒業式での祈禱」ジュリスト一〇二二号一六五頁以下(一九九三)『おとひ』[1993] アメリカ法二九八頁以下の藤田尚則氏の評釈参照。

(15) *Id.* at 2682 (Scalia, J., dissenting).

(16) Gey, *Religious Coercion and the Establishment Clause*, 1994 U. Ill. L. Rev. 463, 500, 510.

(17) 549 U.S. Board of Educ. of Kiryas Joel v. Grumet, 114 S. Ct. 2481 (1994) において、オコナー判事はレモン・テストは広範すぎるものであるとして、場合を分けたテストの必要性を論じている。それによれば、宗教に関する政府のスピーチになっている場合、政府が宗教に関して判断をしたり宗教に関する法律を制定する場合、政府が宗教団体に対して権力を委託する場合、などに場合分けをすべきであるという。そしてエンドースメント・テストは、第一の場合に適用されるものとしている。*Id.* at 2499-2500 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).

なおこの判決については、君塚正臣「学校区の分割新設と政教分離」ジュリスト一〇六九号一三六頁以下(一九九五)参照。

(18) 諸根・前出注(4)九六頁。

四 政教分離におけるメッセージの害悪と、その捉え方

一、さて、判例上展開してきたエンドースメント・テストは、政府の行為の表現的側面、すなわちメッセージの害悪に焦点をあてるものであると論じたが、その害悪はいかなる内実を持つものか、J・ジャコブスの論文を手がかりにして考察を展開してみよう。⁽¹⁾

害悪の第一は、宗教の自由に対する悪影響である。これについては *Engel v. Vitale* 判決におけるブラックマン

判事の法廷意見の有名な一節が参照されるべきである。⁽²⁾ それによれば、政府の権力、威信、財政的援助が特定の宗教的信仰の背後に置かれるとき、宗教的マイノリティに対して公認宗教へ同調するよう働きかける間接的強制圧力が生ずるのは明らかである、というのである——なお、オコナー判事自身 *Wallace v. Jaffree* 判決において、⁽³⁾ 政府がある宗教をエンドースすることは、エンドースされた宗教の信者でない人々の宗教的自由を侵害するものであると論ずる際に、この一節を引用している——。

このようにエンドースメント・テストは、宗教の自由に対して悪影響があるメッセージを問題にするのであるが、レモン・テスト、特にそのうちの効果テストも、宗教を圧迫したり促進したりするものであつてはならないとする点で、宗教の自由に対する悪影響を問題にする。では、エンドースメント・テストとレモン・テストとは、いったいいかなる関係にあるのだろうか。

D・ベツシュルの検討を手がかりにして考察を進めると、⁽⁴⁾ 両者は、宗教の自由への悪影響という同じ問題を扱つてはいるものの、アプローチの仕方が異なるといえるだろう。レモン・テストのうち効果テストは、宗教に対する物的な側面での援助ないし圧迫を主として問題にしている。圧迫といつても、個々人の宗教の自由に対する圧迫ということになれば、すなわち人権としての宗教の自由の侵害ということになってしまうから、宗教の自由の侵害となる手前で、つまり個々人の宗教の自由の直接的な侵害になつていないわけではないが、ある宗派に対して抑圧になつてゐるという場合に、効果テストの面で宗教に対する圧迫ありと認定することになる。とまれ、政府に対して宗教を物的に援助することも圧迫することも禁ずる点で、レモン・テストは、政府と宗教との関係について基本的に分離主義 (separation) の立場に立つて宗教の自由を守ろうとするものといえよう。

これに対してエンドースメント・テストは、宗教に対するエンドースあるいは否認のメッセージを送ることを問題にする。福祉国家現象の下で国家が正当な活動をする際に、宗教との関わりを持つことがしばしばみられるよう

になってきた。たとえば宗教系私立学校であろうと、非宗教系私立学校であろうと、はたまた公立学校であろうと、その学校に通学する生徒に通学費を公的に補助するという場合を考えてみよう。宗教系私立学校に通学する生徒の通学費を公的に補助している点で、物的にみると宗教を公的に補助しているといえる。とすると、レモン・テストの分離主義を純粹に貫徹して適用すれば、この行為は違憲ということになってしまう。

しかし、いかなる宗教であろうと、または非宗教であろうと、政府は中立の立場で対応すべきであるという、リベラルな中立主義 (neutrality) の見地で考えると、この通学費補助は支持しうるものとなる。そしてこのように、中立的立場で通学費補助をするならば、そういった政府の行為は、ある宗教または宗教一般をエンドースするメッセージを伴わないであろう。これに対し、特定の宗教系私立学校についてのみ特別に手厚く通学費補助をする場合、中立主義は侵害され、政府が特定の宗教をエンドースするメッセージを送ることになる。つまり、エンドースメント・テストはレモン・テストを明瞭化したものというオコナー判事のことばに反して、両テストには本来的なあり方において相違がある。分離主義を基礎として、物的な側面をみることによって宗教の自由の保障に資することを企図するレモン・テストと、中立主義を基礎として、表現的側面をみることによって宗教の自由の保障に資することを企図するエンドースメント・テスト、という対比がこれである。

エンドースメント・テストが問題にしている害悪の第一は、上述の宗教の自由に対する悪影響であるが、害悪はそれだけにとどまらない。第二に——これは第一の問題と深く関わるが——、個人の人格そのものに対する害悪があることに注意する必要がある。D・コンクルの指摘するように、⁽⁵⁾宗教は人の精神体系の中枢を形づくる、つまり彼の存在そのものを定義するものとなる。彼の信仰が誤っていて尊重に値しないという批判がなされれば、それは彼の人格が間違っており尊重に値しないということになってしまうのである。こういった批判ないし攻撃は、個人の最も基本的な存在感を攻撃し、心理的な害悪を及ぼすことになる。このように考えると、政府の行為が宗教に関

してエンドースするメッセージを伝達するとき、エンドースされなかった、あるいは否認された宗教的マイノリティは、自らの尊厳の感覚(自尊)を失うということになる。

第三に考えられる害悪として、政治社会における個人の位置づけに関するものがある。オコナー判事が *Lynch v. Donnelly* 判決においてはじめてエンドースメント・テストを提唱したとき、同判事が主たる関心を払ったものは、この害悪であった。同判事の同調意見における論理をもう一度繰り返せば、エンドースすることは、その宗教の信者でない人々には、アウトサイダーであり、政治社会にとっての十全たるメンバーではないというメッセージを送り、信者には、インサイダーであり、政治社会における望ましいメンバーであるというメッセージを送る。そして否認することはエンドースすることと逆のメッセージを送る、というのである。

もちろん社会的排除のメッセージが宗教的マイノリティに伝達されたからといって、彼らの政治社会における諸権利——投票権、表現の自由など——が具体的に侵害されるというわけではない。⁽⁶⁾ そういう物的側面における問題を扱っているのではなく、表現的側面における問題を扱っているのである。いかなる集団も社会的排除のメッセージを受けず、どのような集団に属しようとする等しく尊重され、市民社会に帰属する感覚を持ちうるという点で、エンドースメント・テストは、K・カーストのいう象徴的排除⁽⁷⁾ (symbolic exclusion) の害悪の避止を企図しているのである。

二、さて以上において、エンドースメント・テストが関心を払う害悪を三つに分けて考察してきた。これをもとにして、エンドースメント・テスト、レモン・テスト、強制テスト⁽⁸⁾ の三者を対比してみよう。

レモン・テストは、宗教の自由に悪影響を与える国家と宗教との関係を問題にする。従ってそれは、宗教の自由に対する害悪のみを視野に入れるものといえよう。もちろん宗教が個人の精神体系を形づくり、またその人の集団的アイデンティティをなすことを考えれば、人格への害悪、政治社会における位置づけへの害悪も潜在的には視野

に入っているのかもしれない。しかしレモン・テストは明示的にはかかるものを取り上げてはいない。

これに対しエンドースメント・テストは、宗教の自由に対する害悪、および政治社会における位置づけに対する害悪を明示的に視野に入れている——同じく宗教の自由に対する害悪を問題にするにしても、そのアプローチの仕方がレモン・テストとエンドースメント・テストとは異なることは、前述した——。そして、宗教が人格に深く関わることからすると、人格への害悪も意識されていると思われる。

さらに強制テストとなると、またレモン・テストのように宗教の自由のみが視野に置かれることになる。

以上のようにみてくると、エンドースメント・テストは、レモン・テストなどに比較して配慮する範囲が広いことが理解される。すなわち、法律や政府の行為の表現的側面を考慮することによって、とりわけ政治社会における位置づけに関する問題をも正面から視野に入れうることになったのである。

三、さて、このエンドースメント・テストには重大な問題がある。このテストは、法律または政府の行為が伝達するメッセージの害悪を問題にするものであるが、そのメッセージの認識をいかなる観点に立って行なうのか、という問題である。

オコナー判事自身は *Wallace v. Jaffree* 判決において、客観的観察者の立場で判断すると論じている。この客観的観察者とは、条文、立法史、法律執行の状況をすべて知っている者であるから、部分的な情報ではなくトータルな情報を備えた者の視点ということになる。またエンドースメント・テストが最高裁の多数意見となった *County of Allegheny v. ACLU* 判決におけるブラックマン判事の法廷意見では、合理的観察者の立場によるとしている。合理的という規定は先に述べたように過度の敏感さを避けるためのものであるから、これはメッセージの評価のあり方を問題にした概念であるといえよう。

このように観察者のあり方を規定していても、まだまださまざまな問題が残る。論者の整理によると、それは次の

ようにまとめられる。⁽⁹⁾

第一に、合理的観察者のスタンダードは、エンドースメント・テストの目的に十分適合していないということである。エンドースメント・テストは、政府が宗教的マイノリティに排除のメッセージを送ることを禁ずることを企図するものであるから、合理的な非信者 (reasonable non-adherent)⁽¹⁰⁾ の認識に依拠すべきことになる。

第二に、このテストはメッセージに関して合理的にして正しい解釈を前提とするものであるから、結果的に多数者の解釈を正統なものとして扱うことになってしまい、そこからして多数者の専制になる危険があるという問題点である。

第三に、裁判官自身の認識を差し挟むことになってしまいう問題点である。合理的観察者は現実の人間の視点ではない。そしてこの合理的観察者という仮定的人物がいかなるものか——信仰心の篤い人なのか、不可知論者か、政教分離を強調する分離論者か、社会における多数派の宗教感覚を持った人か、マイノリティの視点を持った人か——は、明らかではないのである。従って必然的に裁判官個人の感覚によるしかなくなってしまうのである。

以上のような問題点にどのように対処したらよいのであろうか。J・ルイスとM・ヴィルドの論ずるところは、⁽¹¹⁾かかる問題に関して興味深い考察を提供する。それによれば、合理性につき普遍的なスタンダードがないことを端的に認めるべきであるという。ユダヤ教徒の合理的観察者は、プロテスタントやイスラム教徒の合理的観察者と異なった認識を持つであろうし、無神論者である合理的観察者は、有神論者である合理的観察者と異なる認識を持つであろう。従って諸々の合理的観察者たちは、何をもってエンドースメントであると捉えるのかについて合意に達することはできないであろうし、またある合理的観察者の認識を、他の合理的観察者の認識よりも優位に置く理由もない。そうだとすれば、合理的観察者に拒否権を与える形で解決を得る方法が考えられる。すなわち、いずれかの合理的観察者が、政府の行為は宗教のエンドースメントになっていると認識するならば、当該行為は政教分離条

項の下で許されないものと捉えるわけである。こういったアプローチをとると、宗教的マイノリティの認識いかなが決定的になってくるのである。

- (1) Jacobs, *Endorsement as "Adoptive Action": A Suggested Definition of, and an Argument for, Justice O'Connor's Establishment Clause Test*, 22 HASTINGS CONST. L.Q. 29, 64-70 (1994). 同氏は「シヤロブス」の三つの害悪を指摘している。それによれば、第一に、個人の宗教的選択に影響を与えようとするであり、第二に、信者でない者に心理的害悪を及ぼしうること、そして第三に、政治的コミュニティにおける十全なるメンバーではないというメンバーシップを要求するということである。
- (2) 370 U.S. at 431 (1962).
- (3) 472 U.S. at 70 (O'Connor, J., concurring in the judgment).
- (4) See Beschle, *The Conservative as Liberal: The Religion Clauses, Liberal Neutrality, and the Approach of Justice O'Connor*, 62 NOTRE DAME L. REV. 151, 171-82 (1987).
- (5) Conkle, *Toward a General Theory of the Establishment Clause*, 82 NW. U. L. REV. 1113, 1164-65 (1988). See also Note, *Reinterpreting the Religion Clauses: Constitutional Construction and Conceptions of the Self*, 97 HARV. L. REV. 1468, 1472-75 (1984); Salmons, *Toward a Fuller Understanding of Religious Exercise: Recognizing the Identity-Generative and Expressive Nature of Religious Devotion*, 62 U. CHI. L. REV. 1243, 1258-61 (1995).
- (6) Karst, *The First Amendment, the Politics of Religion and the Symbols of Government*, 27 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 503, 519 (1992).
- (7) *Ibid.* 同氏は「バーンズ」の actual exclusion と symbolic exclusion を分けるのである。
- (8) 強制入信の論者については「裁判官としてのチャペル・オブ・ヘンリ」を著す。M・マシコンネルが知られている。See, e.g., McConnell, *Coercion: The Lost Element of Establishment*, 27 WM. & MARY L. REV. 933 (1986).
- (9) *The Supreme Court-Leading Cases*, 103 HARV. L. REV. 137, 234-35 (1989).
- (10) See, e.g., L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1296 (2d ed. 1988); *Developments in the Law - Religion and the State*, 100 HARV. L. REV. 1606, 1648 (1987).
- (11) Lewis & Vild, *A Controversial Twist of Lemon: The Endorsement Test as the New Establishment Clause Standard*, 65 NOTRE DAME L. REV. 671, 692-93 (1990).

五 平等保護と政教分離——相互関係

一、本稿では、先に平等保護の領域においてメッセージの害悪が問題になりうることを示し、次いで政教分離の領域においてもやはり同様の害悪が問題になりうることをみてきた。平等保護の領域と政教分離の領域では、共通する面があるということになるが、ではその共通性は、いかなるものと捉えたらよいのであろうか。この点に関し検討を加えてみたい。

二、第一に、両者ともに個人の自己規定において決定的に重要でありうる事柄を扱っている、ということがあげられる。

ひとつの政治社会の内部において、人種、民族が多元的に存在すると同時に、宗教も多元的に存在している。平等保護が扱う人種、民族についていえば、いかなる人種、民族に帰属しているかは、各人が自己を規定する際に決定的に重要である。では政教分離が扱う宗教についてはどうか(もともと、宗教による差別となれば、平等保護が扱う問題ともなるが)。宗教は人種、民族と異なつて、各人が自らの自由意思で選びとることができる。従つて、宗教の自由という権利が人種、民族と異なつて観念されることになるが、自由な意思で選びとつた結果信ずるに至つた宗教は、その人の人格形成に大きな影響を及ぼし、ときには人格そのものとすらなり改宗は困難となる。つまり選びとつた宗教は人種、民族と同じく各人の自己規定にとつて決定的なものとなる。

このように自己規定において決定的重要性を持つ事柄である人種、民族、宗教について、公権力側がステイグマのメッセージ、または排除のメッセージを送れば、そのメッセージを向けられた人種、民族、宗教の人々は、その政治社会における相互尊重の枠組みから除外され、著しい人格的な害悪を被る。このように考えるならば、平等保護および政教分離の領域において、とりわけメッセージの害悪に注意を払うべきことが理解されるのではなからう

か。

三、以上において、自己規定における重要性の面での共通性をみてきた。これを前提として、さらに法論理構造の面での共通性が指摘しうるように思われる。

政教分離は従来、公権力側に向けられた制度規範であると考えられてきた。すなわち政府側に対し、宗教をエンドースしたり、あるいは否認したりするメッセージを送る行為をしてはならない、という規範を命ずるものといえる。ところがこれを個人の側からみれば、自らの宗教を否認するメッセージを向けられた、あるいは他宗教をエンドースするメッセージを伝達された宗教的マイノリティは、自らの人格に対する損傷を被り、社会的排除の害悪を受けることになる。つまり政教分離の違反は、個人の権利侵害の場合に近似する害悪を生ずることになるのである。

では、平等保護はどうであろうか。これは個々人に保障された人権であると捉えられる。とりわけ人種、民族などを指標とする疑わしい差別は、かかる差別行為が被差別者にステイグマのメッセージを伝達し、その人格を傷つけ、社会的に排除するという害悪をもたらす。平等保護条項は個々人の人権として、かかる害悪が生じないことを保障したものと解される。

ところがこういった人権を保障するためには、政府の側に対して、特定の人種、民族を優遇してエンドースするメッセージを伝達したり、あるいは劣遇して否認するメッセージを送ったりする行為をしてはならない、という規範を命ずべきことになる。

このようにみると、政教分離と平等保護は、一方が制度であることを基本とし、他方が人権であることを基本とするものの、制度は人権に関わる面を持ち、人権はそれに適する制度を求めるところから、両者は法論理構造として相互に近似したものとなっていることが理解される。A・ローウィはこの点に関係して興味深い検討を

行なっている⁽²⁾。彼は公共交通機関での人種分離を求める州法の合憲性が争われた *Plessy v. Ferguson* 事件に、エンドースメント・テストをあてはめたらどうなるだろうか、という設問を提起しているのである。このテストをあてはめると、当該州法は黒人を否認し、白人をエンドースする目的と効果を持ち、インサイダーとアウトサイダーとを区分けするメッセージを送っていると認められるであろうというのである。このように人種差別が争われる平等事案に、本来政教分離において用いられるエンドースメント・テストを適用してみるという発想は、政教分離と平等保護とがかなり近似した構造になっていることを前提とするからこそ出てくるものである。

さらに考察を展開すれば、政教分離におけるエンドースメント・テストに関し、いかなる者の視点からメッセージを捉えるのが問題になったごとく、平等保護の領域におけるエンドースメント・テスト的な考察においても、いかなる者の視点からメッセージを捉えるのが問題になるはずである。諸根教授が指摘する⁽³⁾ごとく、*Plessy v. Ferguson* 判決において、「分離すれど平等」であつても黒人に劣等の烙印を押しつけていないと判断したのは、黒人の受けとめ方に共感を寄せないアプローチのゆえである、と読み込むことができることになる。

(1) 芦部信喜「政教分離と信教の自由——憲法訴訟からみた覚書」学習院大学法学部研究年報二六号一頁以下、六頁(一九九二)は、「政教分離規定と狭義の信教の自由規定との関係については、…両者を広義の信教の自由を構成する両側面として、統一的に解する、つまり、『分離は自由を保障し自由は分離を要請する関係にある』と考えるのが、正当であろう」と指摘する。

(2) Loewy, *Rethinking Government Neutrality Towards Religion under the Establishment Clause: The Unlapped Potential of Justice O'Connor's Insight*, 64 N. C. L. REV. 1049, 1051 (1986).

(3) 諸根貞夫「『目的効果基準』再検討に向けた一考察——アメリカの議論に触れて——」(高柳信一先生古稀記念論集)『現代憲法の諸相』七三頁以下、一〇二頁(一九九二)° See also Tribe, *Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve*, 36 HASTINGS L.J. 155, 162 (1984).

六 おわりに

日本においても、人種、民族による区別は厳格な司法審査に付されるところの有力説の立場である。そしてなぜ厳格審査に付されるのかを考えれば、それはかかる区別指標を用いて差別する法律あるいは政府の行為の表現的側面、すなわちステイグマのメッセージのゆえであると考えられることは、既に他稿で論じた⁽¹⁾。

宗教についてはどうか。宗教の選択は自由であるが、選択した宗教は信者の自己規定にとって決定的に重要なものとなること、および政治社会の内部においてさまざまな宗教が多元的に存在していることは、日本でも同じである。そうだとすれば、多元的な宗教のなかで、自由な選択が可能であるために、また、ある宗教を選択した人々が社会的排除の害悪を受けないようにするために、日本においてもエンドースメント・テストの提起した意味を参酌する価値があると思われる。本稿のはじめにみたように、政教分離事案を扱ったいくつかの下級審判決がエンドースメント・テストと基本的発想を同じくする検討を展開していることは、かかる点において評価に値するものと思われる⁽²⁾。

(1) 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障』【1】七五頁以下、八五〇八七頁（一九九四）、同「法の下での平等について（二）」国家学会雑誌一〇五巻五・六号一頁以下（一九九二）。

(2) さらに、箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟（最判平成五年二月一六日、民集四七巻三号二六八七頁）、および、神戸高専剣道受講拒否訴訟（神戸地判平成五年二月二二日、判タ八一三三号一三四頁）に、エンドースメント・テストをあてはめて考察を展開したものとして、浦部法穂「政教分離と宗教の自由」ジュリスト一〇二二号五二頁以下（一九九三）を参照。